

WYROK
z dnia 30 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o., 98-200 Sieradz, ul. Jana Pawła II 84k** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia, Śląski Oddział Wojewódzki, 40-844 Katowice, ul. Kossutha 13,**

przy udziale wykonawcy **KAMSOFT S.A., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a w przypadku potwierdzenia omyłkowego charakteru niezgodności do dokonania poprawienia omyłki w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3.

2. kosztami postępowania obciąża Narodowy Fundusz Zdrowia, Śląski Oddział Wojewódzki, 40-844 Katowice, ul. Kossutha 13 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o., 98-200 Sieradz, ul. Jana Pawła II 84k** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Narodowego Funduszu Zdrowia, Śląski Oddział Wojewódzki, 40-844 Katowice, ul. Kossutha 13** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o., 98-200 Sieradz, ul. Jana Pawła II 84k** kwotę 11 100 zł 00gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Narodowy Fundusz Zdrowia Śląski Oddział Wojewódzki w Katowicach ul. Kossutha 13, 40-844 Katowice, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej progów unijnych, na dostawę macierzy i serwerów (nr zamówienia 40/pn/2011), ogłoszonego w BZP w dniu 18.10.2011 r. pod nr. 273611 – 2011.

W dniu 18 listopada 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu ofert czterech wykonawców, w tym oferty Przedsiębiorstwa OPTIMUS Sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 84k, 98-200 Sieradz.

Wykonawca ten zwany dalej „Odwołującym” pismem z dnia 23 listopada 2011 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu bezpodstawne, odrzucenie jego oferty. Stwierdził, że odrzucenia dokonano na skutek błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania (względnie zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp.

Podnosząc zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Dokonania ponownej oceny ofert

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, Odwołujący wskazał, że w informacji o odrzuceniu jego oferty Zamawiający stwierdził, że odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. W uzasadnieniu odrzucenia, Zamawiający podał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ponieważ *"Wykonawca przedstawił wraz z ofertą opis przedmiotu zamówienia, w którym pominął wymóg Zamawiającego dotyczący interfejsu sieciowego, tj. minimum dwa porty o przepustowości 1Gbps umożliwiające utworzenie łącza zagregowanego zgodnie z 802.1ad pod posiadanym systemem operacyjnym Windows Server 2008 R2 (wymagane jest dostarczenie odpowiednich sterowników realizujących m.in. agregację). W kolumnie interfejs sieciowy Wykonawca wpisał - dwa wolne sloty PCI-E. Wymóg odnoszący się do slotów wewnętrznych. W związku z tym jego oferta nie odpowiada wymogom postawionym w SIWZ"*.

Odwołujący podał iż jego rolą w przygotowaniu oferty było tylko wypełnienie formularza polegające na wpisaniu, nazwy producenta i oferowanego modelu urządzenia, oraz jego podpisanie. Zamawiający zalecał wykorzystanie wzorów formularzy oraz innych załączników składających się na siwz, a formularze i załączniki zawarte w siwz były udostępnione w

formie plików nieedytowalnych. Wobec tego Odwołujący zdecydował się przygotować swoją ofertę przy wykorzystaniu komputerowego edytora tekstu, przy pomocy którego przepisał i wypełnił formularz zgodnie z wskazaniem SIWZ. Jednakże w trakcie przepisywania tekstu omyłkowo doszło do przestawienia kolejności wierszy w prawej kolumnie w stosunku do odpowiadających im wierszy w lewej kolumnie tabeli, obejmującej parametry techniczne serwera. W efekcie w ofercie Odwołującego znalazła się tabela zawierająca listę parametrów technicznych, którym przyporządkowane zostały zupełnie nie odpowiadające ich charakterystyce opisy. Przykładowo w wierszu "Interfejsy sieciowe" znalazł się opis mówiący o "dwóch wolnych slotach PCI-E", zaś w wierszu dotyczącym obudowy znalazł się opis systemu zasilania. Dla odmiany w miejscu przeznaczonym na opis zasilania pojawiła się informacja na temat obsługiwanych systemów operacyjnych.

Wobec tego Odwołujący uważa, że nawet pobieżne spojrzenie na analizowaną tabelę pozwala dojść do wniosku, że podczas jej edytowania doszło do niezamierzonej omyłki. Natomiast wolą Odwołującego było zaoferowanie serwera o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Dowodem na to jest wpisanie w formularzu ofertowym modelu serwera Actina Solar 100 S5.

Ponadto Odwołujący podniósł, że sam Zamawiający w toku czynności badania ofert dostrzegł, że treść oferty Odwołującego budzi wątpliwości z uwagi na wyraźne omyłki. Pismem z dnia 8 listopada 2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu oczywistych omyłek pisarskich w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający zawiadomił o poprawieniu innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, na poprawę których Odwołujący wyraził zgodę. Natomiast w dniu 18 listopada 2011 r. Odwołującemu została przekazana informacja o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazując na bezpodstawność odrzucenia oferty Odwołujący podał, że oferta Odwołującego obejmuje cały zakres wynikający z opisu przedmiotu zamówienia. Zaoferowany serwer Actina Solar 100 S5 spełnia wymóg wyposażenia w minimum dwa porty o przepustowości 1 Gbps umożliwiające utworzenie łącza zagregowanego zgodnie z 802.1ad pod posiadanym systemem operacyjnym Windows Server 2008 R2 (wymagane jest dostarczenie odpowiednich sterowników realizujących m.in. agregację).

Dodał, że specyfikacja serwera jest dostępna na stronie internetowej producenta i zawiera informację, że urządzenie jest wyposażone w dwie karty sieciowe Gigabit Ethernet, 10/100/1000 Mbps. Ponadto w załączonym do oferty formularzu - opis przedmiotu zamówienia w kolumnie "Zewnętrzne porty wejścia/wyjścia" Odwołujący zawarł opis: "Łącza sieciowe RJ-45 —1 szt. na potrzeby modułu zarządzającego i 2 szt. na potrzeby interfejsów sieciowych". Taka konfiguracja stanowi spełnienie minimalnych wymagań Zamawiającego

określonych w treści SIWZ, co jest w pełni zgodne z wolą Odwołującego składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto podniósł, że wraz z ofertą złożył oświadczenie w którym zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ.

Wskazał, że Zamawiający nie wymagał podania wszystkich parametrów technicznych w formularzu - opis przedmiotu zamówienia. Natomiast w wyniku niezamierzonej omyłki doszło do zniekształcenia oferty. Efektem tej omyłki było przyporządkowanie nazw poszczególnych parametrów znajdujących się w lewej kolumnie do nieodpowiadających im opisów innych parametrów w prawej kolumnie.

Jego zdaniem Zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że złożona przez niego oferta obejmowała dostawę serwera wyposażonego w minimum dwa porty o przepustowości 1Gbps umożliwiające utworzenie łącza zagregowanego zgodnie z 802.1ad pod posiadany system operacyjny Windows Server 2008 R2.

Na uzasadnienie swojego stanowiska w zakresie niezasadności zastosowania w stosunku do jego oferty art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości, a ponadto winna dotyczyć tylko sytuacji niezgodności merytorycznej przedmiotu zamówienia zaoferowanego przez wykonawcę w stosunku do wymagań tego przedmiotu opisanego w siwz.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 wskazał, że zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia, czy zaoferowany model serwera został wyposażony w minimum dwa porty o przepustowości 1Gbps to bez uprzedniego wyjaśnienia tej kwestii nie powinien być odrzucać oferty Odwołującego. Gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty, to uzyskałby zapewnienie, że otrzyma serwer wyposażony w stosowne interfejsy sieciowe, który w pełni realizuje wymagania SIWZ i tym samym nie miałby żadnych wątpliwości, że niezgodność jest wynikiem omyłki Odwołującego nadającej się do poprawy w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp.

Ponadto na rozprawie Odwołujący podniósł iż zgodnie z postanowieniami rozdziału III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia, rolą wykonawcy było wskazanie producenta urządzenia oraz jego modelu i tylko te elementy składały się na treść oferty. Zamawiający nie wymagał w siwz podania parametrów serwera, ale tylko podania nazwy producenta i podpisania złożonej oferty. W formularzu ofertowym nie było miejsca na wpisywanie parametrów, lecz tylko wyłącznie na potwierdzenie parametrów wskazanych przez Zamawiającego. Dlatego też nie można mówić o niezgodności treści oferty wymogami siwz, a tylko o braku

potwierdzenia w rubryce dotyczącym interfejsu sieciowego, parametrów posiadanych przez oferowany serwer.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty według wskazań Zamawiającego zawartych w siwz i to z taką starannością aby jej treść nie budziła najmniejszej wątpliwości. Za prawidłowość złożonych dokumentów w ofercie i należyłą staranność w ich przygotowaniu odpowiedzialność ponosi zatem wyłącznie wykonawca. Odpowiedzialność ta skutkuje tym, iż jakakolwiek niezgodność złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego, nie podlegająca poprawieniu w myśl przepisów art. 87 ust. 2 pzp, musi powodować odrzucenie oferty jako niezgodnej z siwz. W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na dostawę macierzy i serwerów Zamawiający w pkt. X wskazywał, iż pola w formularzu opis przedmiotu zamówienia należy wypełnić w miejscach do tego wyznaczonych. Odwołujący, zdecydował się na przygotowanie swojej oferty przy skorzystaniu z komputerowego edytora tekstu, przy pomocy którego przepisał i wypełnił formularz udostępniony przez Zamawiającego w formie nieedytowalnej elektronicznie. Odwołujący, wypełniając ofertę w sposób dokonany z pominięciem sugerowanych przez Zamawiającego metod, nie dochowując należytej staranności.

Stwierdził, że zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 i 2 pzp Zamawiający może, a w świetle aktualnego orzecznictwa KIO wręcz powinien skorzystać z tego trybu wyjaśniania gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy, ale wyjaśnieniu podlega sama treść oferty, a nie jej brak.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust.2 wskazał, że omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pzp aby mogły być poprawione powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału Wykonawcy w tej czynności. Jakiegokolwiek porozumienie się w tej mierze Zamawiającego z wykonawcą stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty. Z art. 87 ust. 1 wynika bowiem, że w trybie wyjaśniania treści oferty niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Wskazał, że postawiony przez Zamawiającego wymóg dotyczący interfejsu sieciowego tj.: minimum dwóch portów o przepustowości 1 Gbpa jest bardzo istotny dla Zamawiającego, który przez ukształtowanie postanowień SIWZ nadał mu walor *essentialia negotii*. W trakcie badania zgodności oferty Odwołującego z siwz Zamawiający dokonał analizy mającej na celu ustalenie czy wymagania zawarte w brakującym punkcie mogą być potwierdzone w inny sposób. Ponadto na stronie producenta, zakładka zawierająca sterowniki do oferowanego modelu jest nieaktywna, a strona producenta płyty głównej oferowanego serwera nie zawiera jednoznacznych informacji o sterownikach do wymaganej przez Zamawiającego wersji

systemu operacyjnego Windows Server 2008 R2. . Tym samym opierając się na tym Zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić czy jest to serwer właściwy, gdyż z tego z samej nazwy serwera nie wynika w sposób jednoznaczny jego funkcjonalność.

Przystępujący do postępowania wykonawca KAMSOF S.A., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, poparł stanowisko Zamawiającego i podniósł argument że Odwołujący złożył niekompletną ofertę. W odróżnieniu od innych pozycji oferty gdzie Zamawiający dokonał poprawy omyłek z powodu przesunięcie kolumny z opisem, to w przypadku interfejsu sieciowego brak było takiej możliwości, gdyż brak było w tym zakresie merytorycznej treści oferty, która mogła być poprawiona lub umieszczona we właściwym miejscu tabeli formularza ofertowego. W zakresie interfejsu Odwołujący w swojej ofercie nie złożył żadnego oświadczenia dotyczącego spełniania wymagań SIWZ, tym samym Zamawiający w żaden sposób nie mógł ustalić, iż oferowany serwer spełnia jego wymagania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Również przystępujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza ma interes w tym aby odwołanie zostało oddalone.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie jest fakt, czy pominięcie przez Odwołującego pewnego elementu opisu oferty stanowi o niezgodności treści oferty z wymogami i postanowieniami siwz oraz czy Zamawiający winien był w takiej sytuacji wezwać w trybie art. 87 ust.1 ustawy pzp Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tej niezgodności. Wskazać należy również, że Zamawiający w rozdziale III siwz – opis przedmiotu zamówienia, oraz w rozdziale X – opis sposobu przygotowania oferty wskazał między innymi, że *"Zamawiający prosi o wpisanie w formularzu opis przedmiotu zamówienia nazwy producenta i modelu oferowanego urządzenia. Wskazana nazwa producenta oraz model **stanowią treść oferty** wykonawcy".* Odwołanie dotyczy zaoferowanego przez Odwołującego serwera.

Izba stwierdza, że Odwołujący w sposób niekwestionowany przez Zamawiającego i Przystępującego podając w ofercie nazwę producenta urządzenia oraz jego model spełnił wymagania Zamawiającego co do treści oferty w taki sposób określonej przez Zamawiającego.

Nadmienić należy, że Zamawiający w załączniku do oferty wskazał wymagane elementy oferty, formularze ofertowe załączył do siwz w formie papierowych załączników, nieedytowalnych i rolą wykonawcy było tylko wpisanie nazwy producenta urządzenia, jego modelu oraz podpisanie oferty. W przypadku Odwołującego problem pojawia się z faktu, że Odwołujący nie korzystał wprost z załączonych formularzy ofertowych lecz zeskanował je i wyedytował w programie tekstowym Worda. W wyniku tego kopiowania doszło do przesunięcia względem siebie dwóch kolumn załącznika, a w przypadku pozycji dotyczących interfejsu nastąpiło pominięcie treści opisu oferowanego interfejsu.

Abstrahując od dalszych ustaleń w tym zakresie, Izba stwierdza, że załączony przez Odwołującego formularz ofertowy dotyczący serwerów nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Prawo Zamówień publicznych w art. 87 ustawy wskazuje tryb postępowania Zamawiającego umożliwiający ustalenie czy doszło po stronie sporządzającego ofertę do omyłki czy było to wynikiem jego celowego działania.

Jednakże Zamawiający w zakresie kwestionowanego opisu pozycji formularza, dotyczącej interfejsu sieciowego nie podjął jakiegokolwiek działań zmierzających do uzyskania od Odwołującego wyjaśnień w zakresie niezgodności formularza i możliwości ewentualnego dokonania poprawy omyłek oferty.

Nadto w świetle dokonanych ustaleń, a także stanowiska samego Zamawiającego, brak jest podstaw – zdaniem Izby, do stwierdzenia, że Odwołujący celowo nie wpisał do odpowiedniej rubryki formularza ofertowego, treści co do parametru interfejsu sieciowego, a tym samym, że zaoferował serwer niezgodny z wymogami Zamawiającego.

Zamawiający podniósł iż nie podjął próby wyjaśnienia rozbieżności oferty poprzez zażądanie od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy pzp, gdyż jego zdaniem prowadziłoby to do negocjacji z Odwołującym, co do treści oferty.

Izba wskazuje, że przepis art. 87 ust.1 ustawy nie nakazuje wprost zamawiającemu obowiązku występowania do wykonawcy z takim żądaniem, to jednak taka potrzeba po stronie zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty.

W przypadku powstania u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp.

Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO w tym zakresie wynika iż zaniechanie przez zamawiającego tego trybu wyjaśniania wątpliwości, odnoszących się do treści złożonej oferty, winno być uznane za naruszenie przepisów postępowania / np. wyroki KIO 1327/09: 1443/09,1617/11; 1612/11; KIO/UZP 88/09 691/09 itd /.

Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia, w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści siwz wymaganiom.

Izba podkreśla, że wyjaśnienia udzielone zamawiającemu przez odwołującego stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą.

Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań.

Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Ponadto należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wymagającym od każdego uczestnika postępowania profesjonalizmu. Profesjonalizm którym winien się cechować zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ten obowiązek ma zastosowanie w szczególności kiedy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy.

Zamawiający nie może domniemywać treści oferty, lecz w razie wątpliwości w tym zakresie powinien podjąć działania zmierzające do usunięcia tych wątpliwości poprzez żądanie od wykonawcy udzielenia wyjaśnień co do treści oferty. Nadto Zamawiający nie może z góry zakładać, że wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę nie zmienią jego stanowiska co do konieczności odrzucenia oferty. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, następnie w sposób bezstronny dokonać ich oceny i dopiero wtedy podjąć decyzję co do potrzeby ewentualnego odrzucenia oferty.

Izba wskazuje, za tezą z orzeczenia KIO o sygn.10/10 iż *mimo użytego w przepisie art. 87 ust.1 ustawy pzp, zwrotu „może żądać” nie można tego przepisu interpretować tylko odnosząc tę regulację do pewnego uprawnienia zamawiającego przyznanego ustawą z którego zamawiający może lecz nie musi korzystać”.*

Przepis ten daje także wykonawcy podstawę do domagania się zastosowania procedury wyjaśnienia treści oferty, co w niniejszej sprawie, wobec wątpliwości Zamawiającego, przed odrzuceniem oferty powinno mieć zastosowanie.

Odnoszą się do stanowiska Zamawiającego iż występowanie w sytuacji przedmiotowej sprawy do Odwołującego z żądaniem wyjaśnień, stanowiłoby negocjację w tej sprawie, Izba wskazuje, że zakazu negocjacji nie można utożsamiać z potrzebą posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 jako źródła wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2.

Obowiązek poprawy omyłek powstaje niezależnie od prawa do wyjaśnienia treści ofert, ale poprawienie omyłek nie wyklucza poprzedzenia tej czynności wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert.

Izba przyznaje rację stanowisku Zamawiającego, że oferta Odwołującego była sporządzona w sposób niestaranny, gdyż w przypadku formularza dotyczącego serwerów Zamawiający poprawił omyłki w ponad 50% rubryk. Jednakże sam fakt nie starannego sporządzenia oferty nie może przesądzać o jej sprzeczności z postanowieniami siwz i niemożliwości poprawy stwierdzonych omyłek.

Formalizm stosowany przy ocenie ofert, nie może on być podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca dał możliwość poprawy omyłek złożonej oferty uznając, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do możliwości poprawy omyłki w trybie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy pzp Izba wskazuje, że treść tego przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. Przepis ten dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, niezamierzonych pomyłek, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki" (wyrok SO w Katowicach sygn. akt XIX Ga 18/10).

W przedmiotowym postępowaniu, uwzględniając treść zarzutów żądań Odwołującego, zdaniem Izby, niezbędne jest wezwanie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust.1 ustawy, do złożenia wyjaśnień Odwołującego, celem ustalenia braku niezamieszczenia opisu zaferowania interfejsu sieciowego o określonych w siwz parametrach. Ocena wyjaśnień(

jeśli zostaną złożone) winna być dokonana ściśle w oparciu o postanowienia siwz dotyczące sposobu oceny złożonej oferty.

Izba uwzględniając odwołania nie mogła orzec ponad żądanie Odwołującego, dotyczące żądania uchylecia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazania ponownej oceny złożonych ofert. Tym samym Izba nie mogła orzec co do zasadności lub jego braku w zakresie możliwości poprawy omyłki dotyczącej interfejsu sieciowego. Taką decyzję podejmie Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym również oferty Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w zakresie odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Izba wskazuje, że art. 7 ust. 1 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do przepisu szczegółowego wskazującego na czynności lub zaniechania czynności przez Zamawiającego które winien wykonać zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W przedmiotowym postępowaniu Izba nie stwierdziła wystąpienia nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, które to przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw z takich samych okoliczności, ale z faktu niewłaściwego zinterpretowania przepisu art. 87 ust.1 i 2 pkt.3 oraz z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1)a i 2)b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący